

Intransparenz als Geschäftsmodell? – Die Verrechnung von Mobilfunkgesprächen nach Takteinheiten

Der Mobilfunkmarkt ist durch annähernd homogene Produkte einerseits und eine verwirrende Vielfalt im Bereich der Tarifgestaltung andererseits gekennzeichnet. Eine beliebte Methode zur Verschleierung der effektiven Preise für Gesprächsminuten ist zB die Taktung „60/60“. Kaum ein Mobilfunkkunde ist sich dessen bewusst, dass ihre Vereinbarung einem Aufschlag von fast 50 % auf den Minutenpreis entsprechen kann. Für den OGH sind derartige AGB-Klauseln dennoch weder objektiv ungewöhnlich, noch unredlich oder intransparent. Der folgende Beitrag beleuchtet die ökonomischen Hintergründe dieser Form der Tarifgestaltung und stützt darauf eine kritische Betrachtung des Urteils 4 Ob 5/08a vom 11. 3. 2008.

1. Ausgangslage

Die Liberalisierung des Telekommunikationssektors¹⁾ beseitigte ua das Sprachdienstemonopol des Staates. An die Stelle der hoheitlichen Kontrolle der Telekommunikation trat die Regulierung des Wettbewerbs. Der technische Fortschritt und die Verwendung derselben (Festnetz-) oder zumindest gleichartiger (Mobilfunk-) Infrastruktur führten dazu, dass die nunmehrigen Marktteilnehmer weitgehend homogene Dienstleistungen anbieten. Um dem daraus resultierenden Preiswettbewerb nicht völlig ausgeliefert zu sein, entwickelten sie indes bemerkenswerte Diversifikations- und Preisdiskriminierungsstrategien: Eine schier unüberschaubare Zahl von Tarifen („Tarifdschungel“) suggeriert dem Endkunden, ein für seinen Bedarf maßgeschneidertes Produkt „erwerben“ zu können.

Tatsächlich ist diese Vielfalt aber dazu angetan, einen „Information overload“ zu bewirken. Die Überschreitung ihrer Informationsverwertungskapazität hindert (zumindest) Verbraucher zusehends daran, optimale Entscheidungen zu treffen, um sich stattdessen mit einer Option zu begnügen, die den angestrebten Zweck gut genug erfüllt. Diese resignative Form der Entscheidungsfindung wurde von *Herbert Simon* mit der Wortschöpfung „Satisficing“ (Kombination aus engl *satisfying* = befriedigend und *suffice* = genügen) bedacht.²⁾ Dass sog „Tarifrechner“ bis zu 3.700 Telekommunikationstarife von 360 Anbietern³⁾ vergleichen, lässt vermuten, dass dem Verbraucher das Auffinden einer optimalen Lösung für sein Entscheidungsproblem in der Regel unmöglich ist. Der Tarifwegweiser Mobiltelefonie der Arbeiterkammer Wien⁴⁾ verzeichnet immerhin 60 österr Mobilfunktarife, wobei Spezialangebote, Kombinations- und Partner tarife sowie befristete Aktionen gar nicht erfasst werden.

Aber nicht nur die Anzahl der Tarifvarianten macht einen Vergleich zu einer Aufgabe für Spezialisten. Dafür, dass der Kunde kaum je den für ihn optimalen Tarif wählt, sorgt die Anwendung weiterer Erkenntnisse der Verhaltensökonomik: Dass man etwa für die ersten 1.000 Minuten 15 € und damit lediglich 1,5 Cent pro Minute zu bezahlen hat, während sich jede weitere Minute mit stolzen 29 Cent zu Buche schlägt,⁵⁾ ist mit klassischer ökonomischer Theorie, die bei Mehrabnahme eher einen Mengenrabatt als einen Preisaufschlag von 1.833 % nahelegen würde, nicht zu erklären. Hält man sich jedoch vor Augen, dass Verbraucher in der Regel risikoavers sind, wird im Hinblick auf die zugleich angebotene Variante, die für weitere 10 € monatlich insgesamt 2.000 sog „Freiminuten“ beinhaltet,⁶⁾ klar, dass zur übervorsichtigen Entscheidung für den teureren Tarif verleitet werden soll. Dieser ist für die allermeisten Verbraucher zwar suboptimal,⁷⁾ wird aber gerne gewählt, weil die Aussicht auf die unmittelbare Befriedigung kurzfristiger Bedürfnisse (etwa nach einem „angesagteren“ Handy) und die Vermeidung unliebsamer Überraschungen der Verfolgung langfristiger Interessen im Wege stehen.⁸⁾

Schließlich bedient sich die Mobilfunkbranche noch eines Tricks, um die Tarife günstiger erscheinen zu lassen, als sie tatsächlich sind: Die nicht sekundengenaue „Taktung“ wurde nicht zuletzt als Methode zur Umgehung des mit der ersten Roaming-VO⁹⁾ eingeführten Eurotarifs¹⁰⁾ etabliert. Sie ist inzwischen so verbreitet, dass gerade noch drei von 60 österr Mobilfunktarifen eine sekundengenaue Abrechnung (Taktung „1/1“) der geführ-

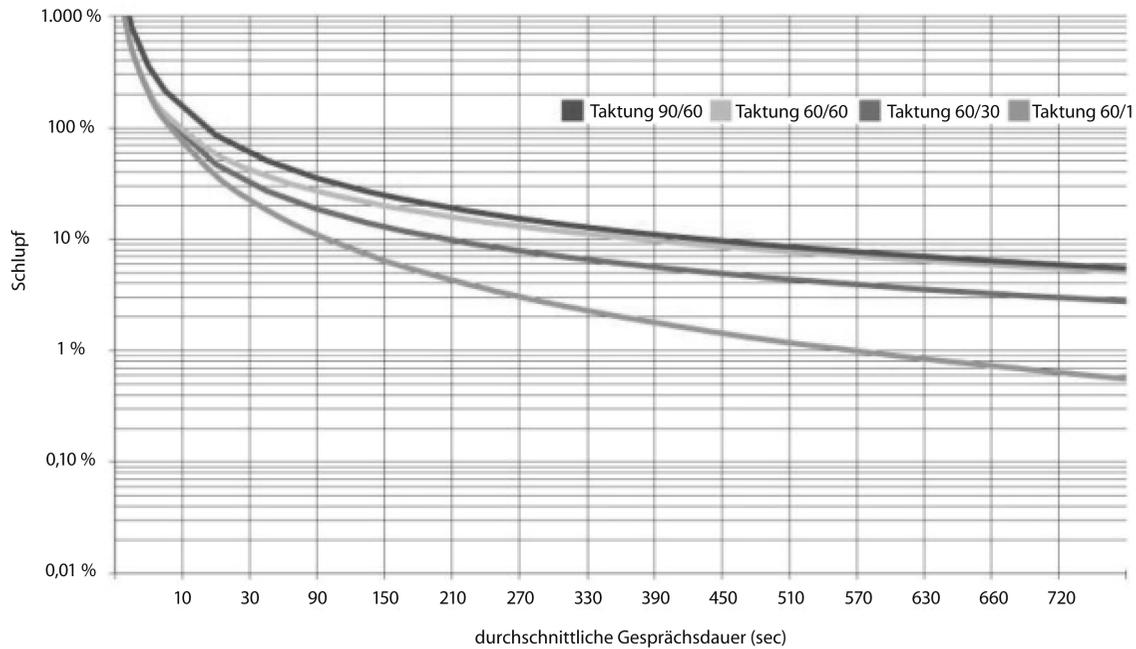
1) Ausführlich *Kruse*, 10 Jahre Telekommunikations-Liberalisierung in Österreich, Schriftenreihe der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, Band 2/2007 (passim).
2) *Simon*, A Behavioral Model of Rational Choice, The Quarterly Journal of Economics 1955, Vol 69, No 1, 99-118; vgl auch *Schwartz/Ward/Monterosso/Lyubomirsky/White/Lehman*, Maximizing Versus Satisficing: Happiness is a Matter of Choice, Journal of Personality and Social Psychology 2002, Vol 83, No 5, 1178-1197.
3) Zu finden unter <http://www.verivox.de>.
4) <http://www.mobilfunkrechner.de/akwien/pdf/mobilfunknetz.pdf> (Stand 9. 3. 2010).

5) Tarif „tele.ring Basta!“, vgl FN 4.
6) Tarif „tele.ring Großer Basta!“, vgl FN 4.
7) Gem RTR Telekom Monitor 1/2010 wurden im 3. Quartal 2009 bei einer Mobilfunkpenetration von 136 % 5.160 Mio Gesprächsminuten im Endkundenmarkt erzielt. Daraus ergibt sich, dass auf eine SIM-Karte im Durchschnitt ca 158 Minuten pro Monat entfallen.
8) Vgl *Hansell*, Is There a Method in Cellphone Madness? The New York Times, 15. 11. 2009 (<http://www.nytimes.com/2009/11/15/business/15price.htm>), der ua berichtet, dass die Verkaufszahlen explodierten, als Apple und AT&T das iPhone für 199 \$ in Verbindung mit einer monatlichen Gebühr von 30 \$ offerierten, obwohl das ursprüngliche Angebot (300 \$ für das iPhone und 20 \$ pro Monat) – auf die Mindestvertragsdauer von zwei Jahren gesehen – deutlich günstiger war.
9) Verordnung (EG) 2007/717 vom 27. 6. 2007, ABl L 171 vom 29. 6. 2007, 32.
10) Dieser sah zunächst für aktive Telefonate von einem Mitgliedstaat in einen anderen maximal 58,8 Cent und für passive Telefonate maximal 28,8 Cent (brutto) vor.

ten Gespräche vorsehen.¹¹⁾ Alle übrigen Tarife beruhen auf der Taktung „60/60“ oder „60/30“. Dabei steht die Zahl vor dem Schrägstrich für die Dauer des ersten Taktes ab Verbindungsaufbau in Sekunden (somit für die Anzahl der pro Gespräch mindestens verrechneten Sekunden) und die Zahl nach dem Schrägstrich für die Dauer aller folgenden Takte. Angefangene Takte werden jeweils voll verrechnet. Ein zehn Sekunden langes Telefonat stellen die Mobilfunkanbieter in beiden Fällen mit dem Preis für 60 Sekunden in Rechnung, während sich 61 Gesprächssekunden bei „60/60“ mit den Kosten für 120 Sekunden und bei „60/30“ mit solchen für 90 Sekunden zu Buche schlagen.¹²⁾

Kostenkontrolle lässt sich nur unter Aufbietung archivarischen Fleißes bewerkstelligen: Um ein exaktes Ergebnis zu erhalten, müsste man für jedes einzelne Telefonat der Abrechnungsperiode die Differenz zwischen dem nominalen Entgelt (entsprechend einer genauen „1/1“-Tarifierung) und dem tatsächlich verrechneten Entgelt ermitteln und aufsummieren. Einen ersten Anhaltspunkt für die Ermittlung des aus der Taktung resultierenden und branchenintern als „Schlupf“ bezeichneten Mehrentgelts in Abhängigkeit von der durchschnittlichen Gesprächsdauer vermittelt eine Grafik der RTR-GmbH:¹³⁾

Durch die Taktung mehr zu bezahlende Entgelte



Am ungünstigsten sind für den Mobilfunkkunden somit kurze, weniger als eine Minute dauernde Telefonate. Für ein „Gespräch“ von bloß einer Sekunde Dauer (zB vom „Anspringen“ eines Anrufbeantworters bis zum Auflegen durch den Anrufer) ist bspw das Sechzigfache dessen zu bezahlen, was der tatsächlich konsumierten Leistung entspricht. Ab der 31. Sekunde liegt der Preisaufschlag mit 94 % erstmals unterhalb jenes Wertes, der bei „60/60“ am Beginn der nächsten Minute wieder erreicht wird. Bei dieser Taktung sind weitere besonders ungünstige Gesprächsdauern nämlich 61, 121, 181 usw Sekunden, bei denen der Preisaufschlag auf den vereinbarten Minutenpreis gerundet 97, 49, 33 usw Prozent beträgt. Bei der – wesentlich selteneren – Taktung „60/30“ sind entsprechend 61, 91, 121 usw Sekunden dauernde Gespräche ausnehmend ungünstig, da hierfür Preisaufschläge von 48, 32, 24 usw Prozent anfallen.

Wie sich die Taktung in Kombination mit dem vereinbarten Minutenpreis auf die monatliche Rechnung auswirkt, ist für den Mobilfunkteilnehmer ex ante schwer abzuschätzen, zumal das Ergebnis überwiegend vom individuellen Telefonierverhalten abhängt. Selbst die ex post vorzunehmende

Danach ist bei der durchschnittlichen Gesprächsdauer von Sprachtelefonaten im Mobilfunkbereich von 100 Sekunden und einer Taktung „60/60“ mit einem Schlupf von knapp unter 30 % zu rechnen. Für die nicht geringe Zahl von Mobilfunkteilnehmern, deren Telefonate im Schnitt unter 30 Sekunden dauern, beläuft er sich demzufolge auf mehr als 40 %. Bei dieser groben Annäherung bleibt freilich unberücksichtigt, dass die einzelnen Gespräche mehr oder weniger deutlich von der durchschnittlichen Gesprächsdauer abweichen. Eine realitätsnähere Modellierung der Dauer von Telefongesprächen liefert die Gamma-Verteilung.¹⁴⁾ Legt man dieser Parameter zugrunde, die dem durchschnittlichen Telefonierverhalten entsprechen, ist davon auszugehen, dass die Taktung „60/60“ einen gemittelten Aufschlag von ca 50 % auf den vereinbarten Minutenpreis bewirkt.¹⁵⁾

Bei näherer Betrachtung zeigt sich schließlich, dass zB ein „60/60“-Tarif mit einem Minutenpreis von 9 Cent im Vergleich zu einem „1/1“-Tarif mit 10 Cent pro Minute nur für ausgesprochene „Dauertelefonierer“ empfehlenswert ist, deren

11) Gem dem AK-Tarifwegweiser (FN 4) handelt es sich dabei um die Tarife „A1 Seconds Zero“, „Relax Sekundentakt“ und „3Pronto“.

12) Vgl etwa die Erläuterungen von A1 unter <http://www.a1.net/privat/taktung>.

13) Tätigkeitsbericht der Schlichtungsstelle für das Jahr 2006, 43.

14) Dies wurde von Erlang, einem Pionier der Warteschlangen-Theorie, bereits 1920 erkannt (The application of the theory of probability in telephone administration, Proc of the Scandinavian HC Ørsted Congress [1920]).

15) Vgl hierzu bereits Lust, Mobile Zusammenschaltung gemäß TKG 2003, MR 2006, 235, der schon damals kritisch bemerkt, dass immer mehr Anbieter die Taktung zulasten der Kunden einseitig verschlechterten, was von der Regulierungsbehörde bislang ohne Weiteres zugelassen werde.

Gespräche regelmäßig länger als fünf Minuten dauern. Sicher auf der günstigeren Seite liegen sie mit diesem Tarif überhaupt erst bei länger als 6 Minuten und 18 Sekunden währenden Telefonaten.

Wer einen Tarif mit sog „Freiminuten“ gewählt hat und meint, diese Verschleierung des tatsächlichen Preisniveaus berühre ihn nicht, wiegt sich in trügerischer Sicherheit: Auch „Freiminuten“ werden entsprechend der vereinbarten Taktung abgerechnet. So verbraucht ein „Kurztelefonierer“, dessen Gespräche im Mittel 30 Sekunden dauern, zB ein Kontingent von 1.000 „Freiminuten“ bereits nach ca 500 Minuten Gesprächszeit und muss bei Überschreitung des Kontingents den vermeintlich günstigen Tarif über wesentlich höhere Minutenpreise subventionieren.

Im Hinblick auf die Tarnung der tatsächlich anfallenden Entgelte schoss schließlich jener (nunmehr ehemalige) österr Mobilfunkanbieter den Vogel ab, der sein Produkt mit einem Tarif von lediglich einem Cent für netzinterne Gespräche bewarb. Die für diesen Tarif vorgesehene „90/60“-Taktung wurde von einer AGB-Klausel über die pro Telefonat vorzunehmende kaufmännische Rundung ergänzt. Mit dieser Kombination erreichte der Anbieter, dass sich die Rundung bei ausnahmslos jedem Gespräch zum Nachteil des Mobilfunkkunden auswirken musste. So kosteten Telefonate bis zu einer Minute statt des angekündigten einen wegen der Taktung eineinhalb und durch die Rundung schließlich 2 Cent. Bei längeren Gesprächen war wegen der „unrunden“ Taktung ebenfalls stets aufzurunden, was einem Aufschlag von 0,5 Cent entsprach.

2. Rechtsprechung

Um der verwirrenden Tarifgestaltung einen Riegel vorzuschieben, brachte der VKI beim HG Wien zwei Klagen ein.

Der „90/60“-Tarif wurde – gewissermaßen indirekt – wegen irreführender Werbung iSd § 2 UWG¹⁶⁾ bekämpft. Das HG¹⁷⁾ gab der Klage statt und das OLG Wien¹⁸⁾ bestätigte diese E, wobei es in seiner Urteilsbegründung das Fehlen eines gut sichtbaren Hinweises auf die Taktung direkt im Zusammenhang mit der Werbeaussage bemängelte. Inzwischen hatte der – trotz oder wegen seiner Kreativität – glücklose Anbieter das Mobilfunkgeschäft auf einen Wettbewerber übertragen, der den beanstandeten Tarif schließlich aufgab.

Weniger erfolgreich verlief für den VKI das wesentlich wichtigere Verfahren, mit dem generell Klauseln zur nicht sekundengenauen Abrechnung bzw die in der Praxis fast ausschließlich zur Anwendung kommenden Tarife mit den Taktungen „60/60“ und „60/30“ unterbunden werden sollten. Nachdem das HG¹⁹⁾ dem auf die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB gestützten Klagebegehren stattgegeben hatte, wurde diese E bereits durch das OLG Wien²⁰⁾ abgeändert und der dagegen gerichteten Revision durch den OGH²¹⁾ nicht Folge gegeben.

Nach Auffassung des OGH sind die beanstandeten Klauseln weder objektiv ungewöhnlich noch überraschend. Schon die Branchenüblichkeit derselben spreche gegen einen „ungewöhn-

lichen“ Inhalt der Vertragsbestimmung. Die Taktungsregelung stehe auch nicht in Widerspruch zu redlichen Verkehrsgewohnheiten. Der Gesetzgeber selbst habe in einer Reihe von Entgeltbestimmungen – etwa im RATG, im GebAG und im NTG – Pauschalierungen nach Zeiteinheiten vorgenommen. Weitere Beispiele für die Entgeltberechnung nach begonnenen Zeiteinheiten fänden sich auch im Bereich der Parkraumbewirtschaftung und bei (privatrechtlichen) Garagierungsverträgen. Eine Überraschung oder Überrumpelung des Interessenten scheidet schon deshalb aus, weil sich die Bestimmungen über die Taktung in Punkt 5.1 „Tarifierungsgrundsätze“, Unterpunkt 5.4.2 „Taktung“ [sic!]²²⁾ und somit exakt an jener Stelle befänden, an der ein durchschnittlich informierter Leser nach den Umständen mit ihnen rechnen müsse.

Auch eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 vermag der OGH in der Entgeltverrechnung nach Takten nicht zu erkennen, zumal die zu bezahlende Summe exakt berechenbar und trotz der Pauschalierung keineswegs exzessiv sei. Im Übrigen habe der Kunde die Wahl zwischen mehreren Tarifen und sei keineswegs gezwungen, jenen zu wählen, der die Gesprächsgebühr nach Zeiteinheiten abrechnet. Damit sei die Willensfreiheit auch nicht in besonderem Maß „verdünnt“.

Da der Kunde über die Abrechnung nach Zeiteinheiten ausreichend deutlich aufgeklärt werde, um erkennen zu können, dass er diese unabhängig von der tatsächlichen Gesprächsdauer zu bezahlen habe, wenn sein Gespräch kürzer als 60 Sekunden dauere oder er die zuletzt begonnene Zeiteinheit von 30 Sekunden nicht zur Gänze ausnütze, erweist sich die Klausel für den OGH auch nicht als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

3. Kritik

Die referierte E ist in mehrfacher Hinsicht kritikwürdig: Die vom OGH zur Rechtfertigung der nicht sekundengenauen Taktung ins Treffen geführten Beispiele passen nicht. Der Grund für gesetzliche Pauschalierungen nach angefangenen Zeiteinheiten liegt offensichtlich in der Vereinfachung der (jedenfalls zur Entstehungszeit der Bestimmungen) ganz überwiegend manuell vorgenommenen Zeitaufzeichnung und Abrechnung. Von einem vergleichbaren Bedarf kann im Hinblick auf die vollständig automatisierte Zeiterfassung und Fakturierung im Bereich des Mobilfunks keine Rede sein. Mit dem Argument, dass damit „auch das Gesprächsentgelt pro Minute“ niedriger gehalten werden könne, verkennt der OGH die vorrangige Funktion der gegenständlichen Taktungs-Klauseln, den Tarif zu schönen, während das für die tatsächlich konsumierten Gesprächsminuten zu bezahlende Entgelt deutlich höher ausfällt, als der nominelle Minutenpreis erwarten lässt. Bei der Parkraumbewirtschaftung kommen durchwegs Prepaid-Tarife zur Anwendung, bei denen die Zeiterfassung überdies durch den Parkenden selbst vorzunehmen ist, sodass deren effiziente Überwachung ein im Voraus erfolgreiches Entwerten von Parkscheinen oÄ erfordert und eine minuten- oder gar sekundengenau Abrechnung kaum realisieren lässt. Mit dem Beispiel der Garagierungsverträge begeht der OGH schließlich einen „klassischen“ argumentativen Fauxpas, indem er vom Sein auf das Sollen schließt, ohne dafür einen plausiblen Grund

16) In der damals geltenden Fassung BGBl I 2007/79.

17) Urteil vom 14. 5. 2008, 10 Cg 44/07m, http://www.verbraucherrecht.at/development/typo/test/uploads/media/HG_Wien_14.5.2008_10Cg_44_07m.pdf.

18) Urteil vom 15. 12. 2008, 4 R 159/08v (unveröffentlicht); vgl <http://futurezone.orf.at/stories/1502907/>.

19) Urteil vom 6. 3. 2007, 11 Cg 4/07m-9 VRInfo 2007 H 4, 1.

20) Urteil vom 3. 10. 2007, 4 R 100/07s-13 (unveröffentlicht).

21) Urteil vom 11. 3. 2008, 4 Ob 5/08a RdW 2008/346, 392.

22) Tatsächlich handelt es sich um einen Unterpunkt zu „5.4 Tarifierungsdauer“; hier scheint sich der OGH in der nicht allzu übersichtlichen Struktur dieser AGB verheddert zu haben.

anzugeben.²³⁾ Hätte er sich darüber Gedanken gemacht, wäre der OGH möglicherweise zu der Erkenntnis gelangt, dass die Abrechnung des Garagierungsentgelts nach angefangenen Stunden im Hinblick auf die elektronische Zeiterfassung und die bargeldlos oder an Wechselgeld ausgebenden Kassenautomaten erfolgende Bezahlung ebenfalls keinen anderen Zweck haben kann, als den effektiven durchschnittlichen Stundenpreis zu verschleiern.

Die Wertung, wonach die Vereinbarung einer „60/60“- oder „60/30“-Taktung nicht ungewöhnlich iSd § 864a ABGB sei, vor allem auf die „Branchenüblichkeit“ zu stützen, überzeugt nicht. Bis Anfang 2005 gab es fast ausschließlich „30/30“-Taktungen. Innerhalb eines Jahres stellten die österr Mobilfunkanbieter einen Großteil ihrer Tarife auf die „60/30“-Taktung um.²⁴⁾ Im Jahr 2007, in dem das gegenständliche Verfahren seinen Ausgang nahm, gab es erstmals einige wenige (insb Wertkarten-) Tarife mit den Taktungen „60/30“ oder „60/60“. Erst ein Jahr später, als die OGH-E erging, hatten die Mobilfunkanbieter ihre Tarife fast vollständig entsprechend geändert. Zunächst wäre daher zu prüfen gewesen, ob die bekämpften Klauseln zum Zeitpunkt der Klageeinbringung tatsächlich nicht ungewöhnlich waren. Insb hätte der OGH aber berücksichtigen sollen, dass die Mobilfunkanbieter in der vorherrschenden Oligopolsituation ihre gegenseitige Abhängigkeit (Reaktionsverbundenheit) erkannt und sich in ihrem Verhalten darauf eingestellt haben. Der Wettbewerbstheorie zufolge kann dies zu einer Reduktion der Wettbewerbsintensität, langfristiger Preisstarrheit und einer Verlagerung des Wettbewerbs auf Werbung und Produktdifferenzierung ohne Innovation führen.²⁵⁾ Ob die zu beurteilenden Klauseln tatsächlich „den redlichen Verkehrsgewohnheiten“ entsprechen, wäre vor diesem Hintergrund möglicherweise anders zu beurteilen gewesen.

Die Vernachlässigung der konkreten Marktverhältnisse und ökonomischen Hintergründe verleitete den OGH auch bei der Prüfung der Einschlägigkeit des § 879 Abs 3 ABGB zum voreiligen Schluss, dass bei „Anwendung des von Lehre und Rechtsprechung entwickelten ‚beweglichen Systems‘ (Beurteilung nach dem Ausmaß der Verschiebung eines ausgewogenen Interessenausgleichs, seiner sachlichen Rechtfertigung und dem Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit [...])“ eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im vorliegenden Fall nicht zu erkennen sei. Eine sachliche Rechtfertigung für die nicht sekundengenaue Tarifierung ist – jedenfalls nach der ersten Minute, deren von der Gesprächsdauer unabhängige volle Verrechnung immerhin als Mindestentgelt für den Verbindungsaufbau interpretiert werden kann – nicht zu erkennen. Dass sie die Abrechnung vereinfache, nimmt der OGH unbegründet und in Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse an. In Wahrheit wird dadurch die Fakturierung für die Mobilfunkanbieter ein wenig komplizierter und die Nachprüfung seitens ihrer Kunden nahezu unmöglich. Dass – wie vom OGH ins Treffen geführt wird – Mobilfunkkunden auch Tarife mit sekundengenaue Abrechnung wählen können, ist für sich genommen kein tragfähiges Argument gegen die Annahme einer Situation der

verdünnten Willensfreiheit. Jedenfalls wird es erheblich durch den Umstand relativiert, dass die Mobilfunkanbieter erst auf Drängen des Konsumentenschutzministeriums und der RTR-GmbH²⁶⁾ jeweils einen sekundengenau abgerechneten Tarif in ihr Angebotsportfolio aufnahmen, diesen aber durch prohibitive Preise²⁷⁾ überaus unattraktiv gestalteten. Bei der Beurteilung der Willensfreiheit der Mobilfunkkunden wäre überdies der erhebliche Lock-in-Effekt²⁸⁾ zu berücksichtigen gewesen, der Bestandskunden – trotz inzwischen gesetzlich geregelter Nummernportabilität – einen Anbieterwechsel wegen der damit verbundenen „switching costs“ erheblich erschwert, wozu nicht zuletzt lange Mindestvertragsdauern und Kündigungsverzichte beitragen. Gerade in einer (teil-)regulierten Wettbewerbssituation, welche die geschilderten Merkmale massiven Marktversagens aufweist,²⁹⁾ ist die Inhaltskontrolle mit größter Sorgfalt vorzunehmen. Dann kann sich ein vergleichsweise moderates Abweichen vom dispositiven Gesetzesrecht als inakzeptabler Verstoß gegen die Vertragsgerechtigkeit erweisen, die es – unter Berücksichtigung und Abwägung der gegenseitigen Interessen – insb mit dem Instrument der Verbandsklage wieder herzustellen gilt, weil die Parteien selbst wegen der tatsächlichen Situation dazu nicht bereit bzw in der Lage sind.³⁰⁾

Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG erfüllen die AGB-Klauseln über die Abrechnung nichtsekundengenauer Takteinheiten nach Auffassung des OGH, weil darin ausreichend klar und verständlich dargestellt werde, dass das Entgelt für eine volle (oder halbe) Gesprächsminute auch dann zu zahlen ist, wenn diese nicht voll ausgeschöpft wird. Dies entspricht einem „konservativen“, aber vertretbaren Verständnis der Funktion des Transparenzgebots.³¹⁾ „Progressiver“ urteilte derselbe Senat,³²⁾ als er eine Bestimmung der ABB 2000 für intransparent erachtete, weil sie dem Kunden die für ihn nachteiligen Auswirkungen nicht hinreichend deutlich machte.³³⁾

Konsequenterweise wäre hinsichtlich der „Taktung“ zu fragen, ob es genügt, wenn dem Mobilfunkkunden der Abrechnungsmodus nach angefangenen Zeiträumen zwar als solcher erklärt wird, die damit angestrebten Effekte aber unerklärt und folglich unklar bleiben.

Jedenfalls nach der ersten Gesprächsminute wird mit der nicht sekundengenauen Abrechnung kein anderer Zweck als die Schaffung von Intransparenz verfolgt. Die Mobilfunkanbieter lassen dadurch im ohnehin schon unübersichtlichen „Tarifdschungel“ gewissermaßen „Nebel aufsteigen“, welcher der

23) Das nach einem schottischen Philosophen und Historiker benannte *Humesche* Gesetz verlangt eine Erklärung für Schlüsse von nicht-normativen „Ist“-Aussagen auf normative „Soll“-Aussagen (vgl v *Kutschera*, Grundlagen der Ethik [1999] 31 ff).

24) AK Wien, Untersuchung Mobilfunktarife – Ausmaß der Änderungen in der Abrechnungstaktung 2005 – 2006, 4, http://www.arbeiterkammer.at/bilder/d36/Taktung-Minutentarifierung_2006.pdf.

25) Vgl (d) Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktherrschaft in der deutschen Fusionskontrolle (2005) 40 ff.

26) Heise-News-Meldung vom 20. 7. 2006: Österreichs Mobilfunkversprechen Sekundentakt, <http://www.heise.de/mobil/meldung/oesterreichs-Mobilfunkversprechen-Sekundentakt-143773.html>.

27) Im Vergleich zu einem sonst annähernd gleichen Tarif desselben Anbieters wurden im Jahr 2007 für den sekundengenau abgerechneten Tarif „Seconds Zero“ von Mobilkom A1 eine um 15 € höhere Grundgebühr und für Gespräche in Fremdnetze ein um 5 Cent höherer Minutenpreis verlangt (AK Wien, Vergleich von Tarifen mit sekundengenaue Abrechnung [1/1] mit Tarifen mit Intervalltaktung [60/30-60/60-90/60-Sekunden], März 2007, 3). Die derzeit angebotenen sekundengenau abgerechneten Tarife sehen für Gespräche in Fremdnetze Minutenentgelte von 15 bis 30 Cent vor.

28) Vgl hierzu umfassend *Farrell/Klemperer*, Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects (2006), SSRN: <http://ssrn.com/abstract=917785>.

29) AA *Kruse*, 10 Jahre Telekommunikations-Liberalisierung in Österreich (2007) 49, wonach die Marktstrukturfaktoren für eine hohe Wettbewerbsintensität im österr Mobilfunk sprechen.

30) Vgl *Stadler* in *Jauernig*, BGB § 307 Rz 2.

31) Auch *Krejci* in *Rummel* KSchG § 6 Rz 208, geht davon aus, man werde „wohl nach wie vor dazu neigen, trotz des Transparenzgebotes die strittige Vertragsregel für hinreichend klar und verständlich zu halten“.

32) Urteil vom 19. 11. 2002, 4 Ob 179/02f ÖBA 2003, 319.

33) Es war nicht explizit erklärt worden, dass der für den Fall eines Debetstandes des Kundenkontos vereinbarte Quartalsabschluss das Recht, Zinseszinsen zu fordern, beinhaltet.

Gewinnmaximierung durch möglichst weitgehende Abschöpfung der Konsumentenrente dient. Beim Vorliegen derartiger Konstellationen wäre im Hinblick auf das Verbraucherschützende Transparenzgebot ein besonders strenger Maßstab anzulegen.

Die diesbezügliche Zurückhaltung des OGH mag auch darauf zurückzuführen sein, dass ihm eine seinerzeit bereits absehbare europarechtliche Entwicklung verborgen geblieben war. Nach Ansicht der ERG (Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste) bewirken bei der Abrechnung von Roaming-Diensten auf Endkundenebene Gebührenintervalle von mehr als einer Sekunde einen Tarifaufschlag, der eine Art verdecktes Entgelt darstelle, weil er den meisten Verbrauchern nicht bewusst sei. Die ERG empfahl daher, den unterschiedlichen Abrechnungspraktiken dringend entgegenzuwirken. Auffassung und Empfehlung der ERG fanden schließlich Eingang in ErwGr 18 der zweiten Roaming-VO,³⁴⁾ die in Art 4 – mit Ausnahme der ersten 30 Sekunden bei abgehenden Anrufen – ein seit dem 1. 7. 2009 geltendes Verbot nicht sekundengenaue Abrechnung vorsieht. Dieses ist zwar nur auf regulierte Roaming-Tarife anwendbar, für die ein Eurotarif gilt, liefert aber zugleich ein kräftiges Argument gegen die vorschnelle Annahme ausreichender Transparenz und Fairness vergleichbarer Tarifgestaltungen auf nationalen Mobilfunkmärkten.

Bemerkenswerte Einsichten hinsichtlich der Angemessenheit von Zeittaktklauseln bietet schließlich ein Blick in die jüngste deutsche Rsp: Das OLG Düsseldorf³⁵⁾ entschied, dass eine formularmäßige 15-Minuten-Zeittaktklausel zur Abrechnung anwaltlicher Leistungen den Verwendungsgegner unangemessen benachteilige, da sie strukturell zulasten des Mandanten „in erheblicher Weise sich kumulierende Rundungseffekte“ entfalte und daher gem § 307 Abs 1 Satz 1, Abs 2 Nr 1 BGB unwirksam sei.

4. Fazit

Die in Klauseln über die sog „Taktung“ vorgesehene nicht sekundengenaue Abrechnung von Mobilfunkgesprächen dient der Verschleierung der effektiven Minutenpreise. Im vorherrschenden Angebotsoligopol erlaubt sie eine sachlich nicht gerechtfertigte Abschöpfung der Konsumentenrente.

34) Verordnung (EG) 2009/544 vom 18. 6. 2009, ABl L 167 vom 29. 6. 2009, 12.

35) Urteil vom 18. 2. 2010, 24 U 183/05 NJW-Spezial 2010, 187.

An der E des OGH ist weniger das Ergebnis zu kritisieren als vielmehr die mangelnde Auseinandersetzung mit den ökonomischen Hintergründen der schwer durchschaubaren Tarifgestaltung samt den daraus resultierenden Begründungsdefiziten. Vielleicht wäre der OGH selbst bei sorgfältiger Analyse der Interessenlage sowie der Angemessenheit und der Transparenz zu dem Schluss gekommen, dass AGB-Klauseln über Taktungen „60/30“ und „60/60“ wirksam sind. Dann hätte er damit aber immerhin etwas zur Auslotung der Grenzen beigetragen, bis zu denen die Rsp bei der Anwendung der Geltungs- und der Inhaltskontrolle zu gehen bereit und in der Lage ist.

Kunden sollten aber von ihren unternehmerischen Vertragspartnern auch mit – vom Standpunkt einer derartigen Rsp aus betrachtet – völlig transparenten Klauseln nicht von der informierten privatautonomen Interessenwahrung abgehalten werden dürfen. Gerade im Hinblick auf den – zumindest auch – intendierten Konsumentenschutz ist es kontraproduktiv, dass nun auf dem regulierten Binnenmarkt für Mobilfunk (Roaming) andere „Spielregeln“ gelten als auf dem nationalen Mobilfunkmarkt. Gesetzgeber und Regulator täten daher gut daran, die sekundengenaue Gesprächsabrechnung auch für Letzteren vorzuschreiben.

Bis es soweit ist, können zumindest auf diesem Feld die schlimmsten Ausprägungen unternehmerischer „Nebelbomben“, die auf der kognitionspsychologisch geschickten Kombination blickfangartiger Werbeaussagen mit einer Flut an relativierender „Information“ in AGB beruhen, mit der vom OGH skizzierten Methode entschärft werden: Dass die Vielzahl an Tarifen und deren Ausgestaltung einen Preisvergleich erschwere, oft sogar unmöglich mache und zu einer Irreführung des Konsumenten über die angebotene Leistung und das dafür verlangte Entgelt führen könne, blieb für den OGH im zu beurteilenden Fall aus einem schlichten Grund ohne Bedeutung: „Der Kläger macht nämlich eine Irreführung der Konsumenten im Sinn des § 2 UWG nicht geltend.“



Der Autor:

DDr. Walter Blocher ist Professor für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Informationsrecht sowie Gf. Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel.



- ➔ Kurze Fachartikel mit Praxistipps
- ➔ Übersicht über den aktuellen Stand wichtiger Gesetzesvorhaben
- ➔ Die neuesten zivilrechtlichen Entscheidungen kurz und bündig
- ➔ Alles zum Thema Zivilrecht aus der Fachwelt

Jetzt gratis das ZAK-Portal nutzen & Probe lesen: zak.lexisnexus.at!

zak.lexisnexus.at

**Jahresabonnement 2010
22 Ausgaben um nur € 139,-
(Online-Archiv inklusive!)**

Bestellen Sie unter:
Tel.: (01) 534 52-5555
Fax: (01) 534 52-141
E-Mail: bestellung@lexisnexus.at